

# Konvergenzen und Divergenzen im europäischen Recht :

## l'exemple de la gestion locale des services publics

### 1. Concepts

Le thème de la convergence des droits dans l'espace européen est très à la mode.

Nombreuses sont les études, en particulier concentrées sur les rapports entre droit allemand et français, qui abordent désormais ce thème <sup>1</sup>. Au moment même où se tenait le séminaire dont est issu la présente contribution écrite se tenait un colloque à l'Université de Würzburg ainsi intitulé : « Die Reform des französischen Vertragsrechts – ein Schritt zu mehr europäischer Konvergenz? ».

Les notions de convergence et de divergence doivent être distinguées pour notre propos, d'autres concepts : l'influence, l'harmonisation, l'unification, l'uniformisation.

Converger signifie, en physique comme en droit, tendre vers un point ou un résultat commun. La divergence au contraire implique que deux lignes ou deux processus s'éloignent de plus en plus l'un de l'autre. La convergence désignerait ainsi le processus de rapprochement des droits.

Le concept d'influence est plus étroit que la convergence ; il suppose l'imitation, quelles que soient son intensité, son étendue ou ses formes <sup>2</sup>. Quant aux effets de l'influence, elle conduira le plus souvent à une convergence plus ou moins étroite de deux ou plusieurs systèmes juridiques <sup>3</sup>.

L'harmonisation, processus bien connu dans l'espace européen, est un processus engagé par une autorité supérieure, supranationale, et aboutissement à un « un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques » <sup>4</sup>.

L'unification « consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation détaillée et identique en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix de

---

<sup>1</sup> V., not. Académie internationale de droit comparé, La convergence des systèmes juridiques au 21<sup>e</sup> siècle, XVI<sup>e</sup> Congrès International de droit comparé, Bruylant 2006 ; Projet de recherche européen, « Konvergenz der Rechte/Convergence des droits », animé par les Universités de Heidelberg, Nancy, Postdam et Bâle ; parmi les travaux du groupe de recherche en droit privé, V. en particulier P. JUNG (dir.), *Droit privé européen : l'unité dans la diversité, L'intervention du juge dans le contrat*, sellier european law publishers, Munich, 2013.

<sup>2</sup> WITZ (Claude), « Soixante ans d'influences du droit allemand sur le droit français des obligations », in : COSSALTER (Philippe) et WITZ (Claude), Claude Witz (Dir.), *60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes*, Paris, Société de Législation comparée (coll. « Droit comparé et européen »), 2016, pp. 19-44, p. 19.

<sup>3</sup> WITZ (Claude), précité, p. 20.

<sup>4</sup> CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique* Paris, PUF (coll. « Quadrige »).

la modalité de mise en œuvre des normes communes”<sup>5</sup>. Un exemple typique d’unification est l’adoption de directives dans l’Union européenne.

L’uniformisation consiste à donner la même forme à un ensemble d’éléments «dont toutes les parties se ressemblent entre elles». C’est le processus et le résultat le plus abouti de convergence des droits, puisqu’ils sont alors comparables dans la forme et le fond.

La convergence est un concept souple car il désigne le processus et le résultat d’un rapprochement, sans en préjuger ni les moyens, ni le but.

La convergence pourra résultat d’une influence, d’une harmonisation, d’une unification ou d’une uniformisation.

## **2. La convergence des droits est inhérente à la construction européenne**

Si le concept de convergence des droits est très actuel, il convient d’en préciser le champ.

Le droit de l’Union est, dans le monde, l’exemple le plus abouti d’intégration juridique. Il se caractérise par l’abandon d’une partie de la souveraineté étatique et par l’instauration d’organes permanents dont l’activité est dite supranationale.

Dès 1964 la Cour de justice des communautés européennes a affirmé la suprématie du droit de l’Union, en considérant que « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de [Rome] a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres [...] En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d’institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d’une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d’une limitation de compétence ou d’un transfert d’attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et ont créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »<sup>6</sup>.

Le droit de l’Union est conçu pour permettre la convergence des droits, soit qu’il les remplace purement et simplement au moyen de règlements, soit qu’il procède à une harmonisation par le moyen de directives.

Un autre procédé permettant la convergence des droits est le respect des grands principes du Traité, qui primeront sur les législations nationales et seront imposés par la jurisprudence du juge communautaire ou des juges nationaux.

Parler de droit de l’Union, c’est parler de convergence des droits.

## **3. La diversité des moyens et des buts de la convergence**

---

<sup>5</sup> KAMDEM (Innocent Fetze), “Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d’intégration juridique”, *Revue de droit uniforme* : (2008) Unif. L. Rev./Rev. dr. unif. 709.

<sup>6</sup> CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ Enel, affaire 6/64.

Envisagé globalement, le sujet des Konvergenzen und Divergenzen im europäischen Recht consiste donc presque à faire le panorama du droit européen. Telle n'est pas notre intention.

Nous prendrons un exemple parmi tant d'autres, que nous connaissons bien et qui illustre à merveille toute la subtilité de la convergence et de la divergence des droits dans l'Union européenne : la gestion locale des services publics.

Enoncer le sujet est en soi une illustration des divergences entre Etats membres : la notion de "service public", absolument centrale dans le droit public français, n'existe pas en droit allemand. Y a cours la notion de "Daseinvorsorge".

Les fonctions du service public et du Daseinvorsorge sont pourtant largement comparables : distribuer l'eau potable, évacuer les eaux usées, collecter et traiter les déchets, assurer l'éducation, la culture, la protection sociale, etc...

Les moyens d'assurer les services publics au niveau local sont en revanche différents.

La France a développé, c'est une particularité en Europe et dans le monde, un réseau de contrats de concession attribués à des sociétés privées. Le modèle des contrats de concession, qui tire ses sources dans le droit romain et s'est développé sous l'Ancien régime, a connu son développement maximum à la fin du XIXème siècle, principalement en France<sup>7</sup> mais également en Italie ou en Espagne. La Première Guerre mondiale a vu un bouleversement de l'économie des contrats et la plupart des sociétés concessionnaires ont disparu ou ont été municipalisées. Le secteur privé a laissé place à la gestion publique des services publics locaux. Seule la France, en raison d'une jurisprudence très constructive du Conseil d'Etat, a maintenu intact son système concessif et a assuré la survie des grandes sociétés concessionnaires<sup>8</sup>.

Alternativement au recours au contrat, la gestion des services publics a été assurée par des établissements publics. Il n'existait pas en France jusque récemment, de sociétés publiques à capitaux publics chargées de la gestion des services publics. La gestion des services publics locaux était assurée soit par le système des concessions, soit par le secteur public.

L'Allemagne a en revanche pérennisé le mouvement de socialisme municipal du début du XXème siècle et s'est appuyée sur les *Stadwerke*, qu'elles soient organisées sous forme de personnes publiques ou de sociétés de droit privé.

---

<sup>7</sup> Sur les aspects historiques de la gestion des services publics en France depuis l'époque romaine : Bezançon (Xavier), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ (coll. « Bibliothèque de droit public »), tome 206, 1999.

<sup>8</sup> Par une très célèbre décision « Gaz de Bordeaux », le Conseil d'Etat a consacré la théorie de l'imprévision. Cette théorie impose aux personnes publiques ayant confié la gestion de leurs services publics à des entreprises privées d'assurer l'équilibre de l'exploitation lorsqu'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur aux parties rend bouleverse l'économie du service. L'imprévision a été reconnue notamment aux sociétés exploitant les tramways, l'éclairage au gaz ou l'éclairage électrique en raison de l'augmentation incontrôlable du prix du charbon durant la première guerre mondiale. V. CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, p. 125. C'est, bien avant la crise de 2008, un exemple du principe tant décrié « privatizing profits and socialize losses ».

Lorsque l'Union européenne a entendu harmoniser les règles concurrentielles dans le domaine des services publics locaux, elle a choisi d'adopter des directives, forme d'intervention qui fixe des objectifs communs mais laisse aux Etats le choix des moyens juridiques d'y parvenir.

Le processus d'harmonisation progressive du droit des marchés publics et des concessions a commencé en 1989<sup>9</sup>. Les derniers textes en date remontent à 2014<sup>10</sup>, après des modifications progressives en 1992<sup>11</sup>, 1993<sup>12</sup> et 2004<sup>13</sup>.

Que peut-on apprendre de ce processus ? Deux choses.

En premier lieu, le droit de l'Union est lui-même le réceptacle d'une négociation, d'une forme de transaction entre les Etats membres pour adopter un texte commun qui s'adapte aux besoins de chacun tout en poursuivant les buts que se fixe l'Union. La directive est donc le point de convergence des approches nationales, autant qu'il impose cette convergence aux Etats. C'est un processus en deux étapes auquel on assiste. La première étape part des Etats et aboutit à la directive. La seconde étape part de la directive et aboutit aux Etats.

En second lieu, chaque Etat membre cherche à conserver ses caractéristiques nationales. L'harmonisation détermine un cadre général mais la règle de droit et plus encore des approches culturelles divergentes aboutissent à des résultats eux-mêmes différents.

Nous souhaitons nous arrêter sur ces deux aspects : la convergence des droits à travers l'œuvre de création de textes de compromis et la permanence de divergences juridiques et culturelles après l'harmonisation.

#### **4. Les directives, réceptacle de la convergence des droits**

---

<sup>9</sup> Richtlinie des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (89/440/EWG);

<sup>10</sup> Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe Text von Bedeutung für den EWR; Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG Text von Bedeutung für den EWR.

<sup>11</sup> Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge.

<sup>12</sup> Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge; Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor.

<sup>13</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge; Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

Nous l'avons dit, le sujet de la convergence juridique en Europe est si vaste, si consubstantiel à la construction européenne, qu'il est illusoire de l'aborder globalement.

Les directives relatives aux marchés publics et aux concessions illustrent la première forme de convergence que nous avons notée : celle qui résulte de la rédaction même des directives, document de synthèse des notions juridique de chaque Etat membre.

A la fin des années 1980 et au début des années 1990 ont été adoptées les premières directives relatives aux marchés publics et aux concessions. Les marchés publics sont les contrats par lesquels les administrations nationales et locales, appelées « pouvoirs adjudicateurs », achètent des travaux, des services ou des fournitures. Pour une Université, c'est l'achat de chaises, de craies, de livres, etc... Les concessions sont les contrats par lesquels un pouvoir adjudicateur confie à une tiers, en principe une société privée, la gestion d'un service public : distribution de l'eau, construction et exploitation des autoroutes à péage. La rémunération du concessionnaire se fait par la perception de redevances sur l'utilisateur <sup>14</sup>.

L'adoption de ces directives est l'un des aspects de l'ouverture concurrentielle progressive du secteur public. C'est l'un des effets indirects de l'option libérale qui irrigue le droit de l'Union depuis le Traité de Rome de 1957. L'enjeu n'est pas mince : les marchés et contrats de concession représentent 19 % du PIB de l'ensemble des pays de l'Union européenne.

Mais les règles des directives marchés et concessions ont été élaborées sur le modèle français, qui connaît depuis longtemps la distinction entre marchés et concessions et constitue le champion mondial du recours aux contrats de concession.

L'Allemagne n'était paradoxalement pas l'Etat le mieux préparé pour cette ouverture concurrentielle.

En effet, le principe des directives marchés est qu'elles s'appliquent à toute relation contractuelle entre deux personnes physiques ou morales distinctes : un Land et une entreprise, une *Gemeinde* et une entreprise, etc.. Toutes les entreprises sont concernées : ce qui signifie que les rapports entretenus entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs *Stadtwerke* étaient concernés.

En France, le problème ne se posait pas dans les mêmes termes. Le secteur public local est structuré autour d'établissements publics, personnes morales de droit public attributaires de leurs missions sans contrat. Le secteur public est plus important qu'en Allemagne : la France compte 90 agents publics pour 1000 habitants, l'Allemagne 50 pour 1000. Et en France les services publics qui ne sont pas gérés par des agents publics le sont au moyen de contrats de concession.

Les mêmes textes avaient donc des effets très différents en France et en Allemagne : en France, les textes n'ont eu que peu d'effets sur le secteur public local alors qu'en Allemagne le problème était majeur. Les établissements publics français n'étaient pas concernés par la mise en concurrence, faute de contrats à mettre en concurrence.

---

<sup>14</sup> L'exemple le plus classique et le plus simple à comprendre est celui des concessions d'autoroutes en France. Les autoroutes sont construites par des sociétés privées bénéficiant de contrats de longue durée et elles se rémunèrent grâce aux péages payés par les usagers.

Le problème était d'autant plus aiguë que l'Allemagne a procédé dans les années 1990 à une « sociétisation » de ses structures locales, une transformation de nombreux établissements publics en sociétés à capitaux publics.

Pourtant, choisir entre un établissement public attributaire de missions de service public par un acte administratif ou une société attributaire de ses missions par contrat revient finalement au même : un libre choix d'organisation du secteur public local.

Pour sortir de cette impasse, la Cour de justice de l'Union européenne a construit une jurisprudence largement inspirée des exemples allemand, autrichien et italien. Cette jurisprudence a été reprise dans des directives de février 2014.

Selon la théorie élaborée par le juge, reprise par les nouvelles directives, il existe une relation « public-public » ou « in-house » lorsque des pouvoirs adjudicateurs contrôlent une société comme elles contrôleraient leurs propres services

La construction de cette théorie s'est elle-même faite par étapes. En 1999, la Cour de justice des communautés européennes considérait que deux personnes morales autonomes sont intégrées dans une relation in-house lorsque la collectivité publique exerce sur une entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent <sup>15</sup>.

La forme typique de ces relations était la société à capitaux publics intégralement détenus par une collectivité.

Cette approche ne permettait d'exempter des règles concurrentielles ni les sociétés détenues par plusieurs collectivités de manière collégiale, comme c'est souvent le cas des *Stadwerke*, ni les structures comprenant une part, même très minoritaire, de capitaux privés.

La Cour de justice de l'Union européenne a finalement consacré cette hypothèse <sup>16</sup> et les directives de 2014 permettent qu'une relation *in-house* s'accomode d'une part minoritaire de capitaux privés.

Cette théorie du *in-house*, incluse dans les directives marchés, est donc le synthèse de deux traditions juridiques : la tradition française qui accueille sans peine des principes de mise en concurrence qu'elle pratique depuis plusieurs siècles, et la tradition principalement allemande qui voit dans le champ d'application de ces règles une remise en cause de sa culture du service public.

## **5. La mise en œuvre des directives, exemple de divergences des cultures**

Nous avons pris l'exemple du *in house* ou « relations public-public » : beaucoup d'autres exemples étaient possibles, que nous ne développerons pas : le système des contrats de concession de travaux et de services en France, la volonté de protéger le secteur de l'eau en Allemagne, la mise en concurrence pour l'attribution du capital des sociétés publiques, etc...

---

<sup>15</sup> CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98, rec. p. I-8121, concl. Georges Cosmas, pt. 50

<sup>16</sup> CJCE, 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07 ; CJUE, 29 nov. 2012, *Econord S.p.A.*, C-182-11 et 183-11

Pour nous concentrer sur les relations public-public, voyons comment le texte de compromis dicté par les impératifs des pratiques et traditions allemande et italienne du service public a créé une convergence.

En France, la tradition des sociétés à capitaux intégralement publics était inconnue au niveau local.

Mais le développement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, surtout à l'époque où la Cour ne connaissait que la forme la plus simple de *in-house*, a permis de découvrir cette forme d'intervention et de l'étudier.

Une pratique originale surtout a attiré l'attention. C'est celle consistant à bénéficier du *in-house* pour confier ses missions de service public à une société à capitaux publics, puis à organiser une publicité et une mise en concurrence pour trouver un partenaire privé prêt à entrer à son capital.

Sans entrer dans des détails juridiques complexes, cela permet de s'assurer que la société mixte (public-privé) ainsi créée sera attributaire des missions, tout en respectant les principes concurrentiels pour trouver un partenaire privé <sup>17</sup>.

C'est selon cette technique que le capital de *Berlinwasser* a été ouvert.

L' *Anstalt des öffentlichen Rechts* <sup>18</sup> des eaux de Berlin a été transformé en 1998 en société anonyme. Cette société était détenue par deux actionnaires : 50 % du capital appartenait au *Land* de Berlin et 50 % à un holding, lui-même détenu par le *Land* de Berlin. La société des Eaux de Berlin était donc une société entièrement publique, en participation directe et indirecte <sup>19</sup>.

Une partie du capital détenu par le holding a été attribuée à la société *Vivendi*, puis à l'assureur *Allianz*. Cette méthode d'ouverture partielle a permis de maintenir le choix stratégique de la forme de gestion du service public, tout en s'assurant la participation de puissants partenaires industriels et financiers. Le modèle a autant pour but de céder le capital que de définir ou redéfinir le contenu des missions de la société.

Les instances communautaires ont jugé que cette pratique, prisée surtout en Allemagne et sous une forme un peu différente, en Espagne, était conforme au droit de l'Union <sup>20</sup>. Il est important de noter que la Commission européenne a considéré la pratique allemande comme étant possible mais n'en a pas du tout fait un modèle et ne l'a, encore moins, rendu obligatoire.

---

<sup>17</sup> Notre attention a très tôt été attirée par ce phénomène. V. Cossalter (Philippe), « SEM et mise en concurrence : perspectives comparées », *Revue française de droit administratif* 2002, n° 5, pp. 938-951.

<sup>18</sup>. Pour une comparaison entre *Anstalt* de droit allemand et établissement public de droit français, voir Heuterkes (Katja), *Rechtsfähige Organisationseinheiten in der Verwaltungsstruktur Frankreichs, Deutschlands und der Europäischen Gemeinschaften*, Münster, LIT, 1997.

<sup>19</sup> Voir le rapport annuel de *Berlinwasser Holding Aktiengesellschaft : Geschäftsbericht 1999*, Berlin, BHA, 2000.

<sup>20</sup> Commission européenne, « Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) », Bruxelles, 05.02.2008 C(2007)6661.

Cette pratique était en tout cas totalement inconnue en France.

Une double évolution a pourtant eu lieu.

Premièrement, le législateur français a ouvert la possibilité, tout-à-fait inédite, de créer des sociétés à capitaux publics exclusifs comme elles existaient depuis si longtemps ailleurs en Europe et en particulier en Allemagne. Après en avoir ouvert la possibilité dans le seul domaine de l'aménagement<sup>21</sup>, le législateur a ouvert à toutes les collectivités territoriales françaises la possibilité de créer des "sociétés publiques locales" (SPL)<sup>22</sup>.

Deuxièmement, malgré une analyse très réticente de la part du Conseil d'Etat<sup>23</sup>, le législateur a créé la possibilité de mettre en concurrence le capital privé des SPL, sur le modèle pratique pour Berlinwasser<sup>24</sup>. Ces "sociétés d'économie mixte à opération unique" (SEMOP ou, pour ceux qui ont mauvais esprit, SEMOU) sont des objets étranges.

Leur pratique est anecdotique mais la communauté juridique les a accueillis avec un grand étonnement et une curiosité bienveillante.

Il y a là en tout cas un exemple évident de convergence des droits entre l'Allemagne et la France par ce double mouvement de balancier.

## Conclusion

Le droit des services publics, sous l'influence de l'Union européenne, permet de constater une convergence de long terme.

Si une convergence s'est opérée, c'est dans un premier temps du fait de l'harmonisation opérée par les directives, qui ont été adoptées en copiant le modèle français de contrats publics de marchés et concessions. C'est dans un second temps par la réaction de l'Allemagne qui a infléchi la politique communautaire. C'est dans un troisième temps par simple influence, lorsque la France a copié la pratique allemande sans y être contrainte.

Dans ces rapports, on le voit il y a plusieurs mécanismes à l'œuvre pouvant aboutir à une forme plus ou moins poussée de convergence : l'harmonisation et l'influence, sans préjudice dans d'autres domaines d'une volonté d'unification ou d'uniformisation du droit portée par les institutions européennes.

Ajoutons pour conclure ceci, en forme de paradoxe: la divergence des systèmes juridiques a abouti à une forme de convergence des pratiques. Mais il en va en droit comme dans les autres sciences sociales : la norme ne peut pas tout. Elle est même inutile si elle n'est pas fondée sur une forme de consensus social.

---

<sup>21</sup> Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, art. 20.

<sup>22</sup> Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales

<sup>23</sup> Conseil d'Etat, Section de l'administration, avis sur les « Partenariats public-privé institutionnalisés » du 1<sup>er</sup> décembre 2009, n° 383264.

<sup>24</sup> Loi n° 2014-744 du 1<sup>er</sup> juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.



La convergence est un processus long, même lorsqu'elle peut s'appuyer sur des outils juridiquement contraignants.

L'Union européenne génère aujourd'hui de très grandes déceptions. Pour les uns l'intégration serait trop poussée et absorberait les principes démocratiques dans un processus technocratique incompréhensible. Pour les autres l'intégration ne serait pas assez poussée et devrait aboutir rapidement à une forme de fédéralisme européen.

Au niveau d'analyse qui est le nôtre, celui du détail de l'analyse du droit communautaire matériel, un constat est sûr : le droit de l'Union si l'on en accepte le présupposé libéral impose un processus de rédaction transactionnelle et de compromis.

La convergence doit s'inscrire dans le temps long de l'histoire.